

APH-08 289, publiziert Oktober 2008

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Bühler (Referent), Oberrichterin Wüthrich-Meyer,
Oberrichterin Pfister Hadorn sowie Kammerschreiber Warth

vom 15. August 2008

in der Streitsache zwischen

A. AG,

vertreten durch Fürsprecher Z

Gesuchstellerin/Appellantin

(nachstehend: Gesuchstellerin)

und

Z.,

vertreten durch Rechtsanwalt Y

Gesuchsgegnerin/Appellatin

(nachstehend: Gesuchsgegnerin)

Regeste:

1) *Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, Arrest*

2) *Die Gesuchsgegnerin erfüllt trotz Unterbruch ihrer zweijährigen Auslandsreise den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG (kein fester Wohnsitz).*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Im Frühjahr 2006 liess die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin für eine Summe von knapp Fr. 600'000.00 nebst Zins betreiben, worauf die Gesuchstellerin Rechtsvorschlag erhob. Im Februar 2007 reichte die Gesuchstellerin beim Richteramt P. des Kantons X. für den erwähnten Betrag Anerkennungsklage ein. Im Juli 2007 teilte die Gesuchsgegnerin dem Gericht mit, sie verreise für rund zwei Jahre ins Ausland. Per Ende August meldete sich die Gesuchsgegnerin an ihrem bisherigen Wohnort in der Schweiz ab. Ende November 2007 verurteilte das Richteramt P. des Kantons X. die Gesuchsgegnerin zur Bezahlung von Fr. 510'500.00 nebst Zins. Gegen dieses Urteil appellierte die Gesuchsgegnerin beim Obergericht des Kantons X. Im Februar 2008 stellte die Einwohnergemeinde O. einen Niederlassungsausweis für die wieder zugezogene Gesuchsgegnerin aus.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

(...)

II. Rechtsmittel- und Prozessvoraussetzungen

1. Gemäss Art. 278 Abs. 3 SchKG kann der Einsprachentscheid innert zehn Tagen an die obere Gerichtsstanz weitergezogen werden. Gefordert wird ein vollkommenes Rechtsmittel, weshalb der Kanton Bern Arresteinspracheentscheide der Appellation zuordnet (vgl. Art. 336 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 317 Ziff. 7 ZPO).
2. Die Weiterziehungsfrist beträgt 10 Tage ab Eröffnung des Einspracheentscheids (Reiser, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG III, N 40 ad Art. 278; vgl. Gasser, in: ZBJV 1994, S. 616). Die Berechnungsvorschriften von Art. 31 SchKG sind auf sämtliche im SchKG vorgesehenen Fristen anwendbar (Nordmann, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG I, N 19 ad Art. 31). Ist eine Frist nach Tagen bestimmt, wird derjenige Tag nicht mitgerechnet, von welchem an die Frist zu laufen beginnt (Art. 31 Abs. 1 SchKG). Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen staatlich anerkannten Feiertag, so endet die Frist am nächstfolgenden Werktag (Art. 31 Abs. 3 SchKG). Vorliegend wurde der erstinstanzliche Entscheid der Gesuchstellerin am 29.05.2008 eröffnet (vgl. pag. 64). Die zehntägige Rechtsmittelfrist lief somit eigentlich am Sonntag, den 08.06.2008 aus, wurde indes kraft Art. 31 Abs. 3 SchKG bis zum Montag, den 09.06.2008 erstreckt. Die Eingabe gleichen Datums wahrt somit die Appellationsfrist (vgl. pag. 66).
3. Die übrigen Rechtsmittelvoraussetzungen sind offensichtlich erfüllt. Die Kammer tritt auf die Appellation ein. Als vollkommenes Rechtsmittel unterliegt das gesamte Verfahren vor erster Instanz der Nachprüfung durch den Appellationshof (vgl. Art. 333 Abs. 2 ZPO).
4. Auch vor Appellationshof sind die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 192 ZPO). Dazu gehört auch die zehntägige Einsprachefrist, welche ab Kenntnis der Anordnung des Arrestes zu laufen beginnt (vgl. Art. 278 Abs. 1 SchKG). Beim Schuldner ist dies der Zeitpunkt des Zugangs der Arresturkunde (vgl. Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, § 51 N 52; Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibungs- und Konkurs, 4. Auflage, N 11 ad Art. 278). Am 07.03.2008 schrieb das Betreibungsamt dem Vertreter der Gesuchsgegnerin, die Arresturkunde werde ihm in den nächsten Tagen zugestellt (vgl. GAB II, 2). Erhob die Gesuchsgegnerin am 14.03.2008 Einsprache, war die zehntägige Einsprachefrist also gewahrt.
5. Der Arrest ist vom Richter des Ortes zu bewilligen, wo die Vermögensgegenstände sich befinden (vgl. Art. 272 Abs. 1 SchKG). Massgebend ist der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Arrestgesuchs, vorliegend also Mitte Dezember 2007, als die Gesuchsgegnerin sich im Ausland befand (vgl. Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, S. 85; Kellerhals/Güntherich/Berger, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, N 03.44, 03.59, 04.96). Für Forderungen ist in einem solchen Fall auf die schweizerische Zweigniederlassung des Drittschuldners abzustellen (vgl. Amonn/Walther,

a.a.O., § 51 N 38 i.V.m. § 22 N 22). Ein körperlicher Gegenstand ist dort belegen, wo er sich physisch befindet (vgl. Stoffel, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG III, N 38 ad Art. 272). Damit war Gerichtskreis II Biel-Nidau örtlich zuständig, für Forderungen der Gesuchsgegnerin gegenüber der Bank B., der D. AG und für das Grundstück Biel Gbbl.-Nr. X Arrest zu legen.

6. Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind offensichtlich erfüllt. Der Appellationshof tritt in der Sache ein.
7. (...)

III. Sachverhalt

A) Unbestrittener Sachverhalt (...)

B) Bestrittener Sachverhalt und Beweiswürdigung

Strittig ist vorliegend, ob die Gesuchsgegnerin sich seit dem 11.02.2008 mit der Absicht des dauernden Verbleibens in O. aufhält (vgl. pag. 70ff, 90ff).

(...). Aus den polizeilichen Befragungsprotokollen ergibt sich indes, dass die Gesuchsgegnerin im Juli 2007 erklärte, sie beabsichtige am 08.09.2007 eine längere, noch nicht bestimmte Zeit ins Ausland zu gehen, welche sie durch Mietzinseinnahmen finanziere. (...). Ebenfalls im Juli 2007 liess die Gesuchsgegnerin durch ihren Anwalt beim Richteramt P. betreffend Anerkennungsklage den Antrag stellen, die Einvernahme von ihr und C. sei vor dem 07.09.2007 vorzunehmen, da sie am 08.09.2007 für rund zwei Jahre nach E. verreisen werde (vgl. GB I 13). (...). Aufgrund dieser Aussagen ist für die Kammer erstellt, dass es ursprünglich nicht die Absicht der Gesuchsgegnerin war, sich bereits im Februar 2008, rund fünf Monate nach ihrer Abreise, wieder in O. dauernd einzurichten.

Die Gesuchsgegnerin gibt selber zu, sie sei wegen der Arrestierung und den daraus sich ergebenden Folgeproblemen sowie wegen dem Zivilverfahren im Kanton X. in die Schweiz zurückgekehrt (vgl. pag. 90ff). Die Gesuchsgegnerin schloss nach ihrer Rückkehr in die Schweiz bloss einen (...) befristeten Mietvertrag ab (vgl. AAB 8). Das nach ihrer Rückkehr eingegangene Arbeitsverhältnis kann entsprechend der gesetzlichen Bestimmung von Art. 335c Abs. 1 OR nach Ablauf der Probezeit im ersten Dienstjahr mit einer Frist von einem Monat gekündigt werden (vgl. AAB 9). Hält die Kammer sich zudem vor Augen, dass die Reise durch Mietzinseinnahmen finanziert wurde (vgl. GB II 13 S. 3 Z. 33f.), welche verarrestiert wurden (vgl. pag. 92, APH 08 292 S. 14), ist glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin sobald sie wieder über ihr Vermögen verfügen kann, ihre Reise fortsetzen will. Das Zivilverfahren im Kanton X. dürfte eine untergeordnete Rolle spielen, war dieses Verfahren doch schon rechtshängig, als die Gesuchsgegnerin die Reise antrat (vgl. GB I 3, 13). Der Anwalt der Gesuchsgegnerin schrieb denn auch in der ersten Einsprache vor dem Gerichtskreis F., die Reise sei unterbrochen und nicht abgebrochen (vgl. APH 08 209 S. 13). Die Gesuchsgegnerin hat somit offenbar nicht die Absicht, dauerhaft in O. zu verbleiben.

IV. Materielles

Allgemeines

1. Der Arrest wird bewilligt, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass seine Forderung besteht, ein Arrestgrund vorliegt und Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (vgl. Art. 272 SchKG). Dabei ist auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen (vgl. Art. 278 Abs. 3 SchKG; vgl. von Gunten, Die Arresteinsprache, Diss. ZH 2001, S. 104f.; Kummer, a.a.O., S. 85; Kellerhals/Güngerich/Berger, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, N 03.59).

Arrestforderung

2. Die Arrestforderung muss fällig und nicht durch ein Pfand gedeckt sein (vgl. Art. 271 Abs. 1 SchKG). Wenn der Schuldner keinen festen Wohnsitz hat (Art. 271 Ziff. 1 SchKG) oder wenn er sich durch Beseitigung von Vermögensgegenständen oder durch Flucht der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen sucht (Art. 271 Ziff. 2 SchKG), ist das Erfordernis der Fälligkeit nicht notwendig (vgl. Art. 271 Abs. 2 SchKG; vgl. Amonn/Walther, a.a.O., § 51 N 6; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung- und Konkurs, N 7 ad Art. 271).

Die Wahrscheinlichkeit des Bestehens einer Forderung kann sich aus einem bereits bestehenden Urteil oder aus den Umständen ergeben (vgl. Stoffel, a.a.O., N 2 ad Art. 271). Insbesondere aufgrund des nicht rechtskräftigen Urteils des Richteramtes P. vom 29.11.2007 ist glaubhaft dargelegt, dass der Gesuchstellerin aus Auftrag gegenüber der Gesuchsgegnerin eine Forderung von Fr. 510'500.00 nebst Zins zu 5% seit 10.01.2006 zusteht (vgl. GB I 4). Hiefür besteht keine Pfandsicherung (vgl. pag. 4, AAB 11). Im vorliegenden Verfahren bestreitet im übrigen die Gesuchsgegnerin die Arrestforderung nicht (vgl. pag. 15ff, 44ff, 90ff).

Arrestgrund

3. Die Gesuchstellerin vertritt entgegen der Vorinstanz die Ansicht, die Gesuchsgegnerin habe zur Zeit keinen Wohnsitz in der Schweiz. Diese halte sich nicht mit der Absicht des dauernden Verbleibens in der Schweiz auf, weshalb der Arrestgrund des fehlenden festen Wohnsitzes vorliege (vgl. pag. 70ff).
4. Der Arrestgrund des fehlenden festen Wohnsitzes i.S.v. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG wird in der Literatur beispielsweise bei Zigeunern, Zirkusleuten und wandernden Handwerkern angenommen (vgl. Amonn/Walther, a.a.O., N 12 § 51; Spühler/Gehri/Pfister, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, S. 221). Für den Wohnsitzbegriff ist dabei in der Regel auf Art. 23 bis 26 ZGB abzustellen, wobei Art. 24 ZGB nicht anwendbar ist (vgl. Fritsche/Walder, Schuldbetreibungs- und Konkurs, Band II, Fussnote 11 S. 434; Stoffel, a.a.O., N 54 ad Art. 271; Staehelin, in: Honsell/Vogt/Geiser, Zivilgesetzbuch I (Basler Kommentar, N 5 ad Art. 24). (...). Der Ausschluss von Art. 24 ZGB ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, welcher von einem **festen** Wohnsitz spricht, eine Fiktion also ausschliesst. Die Gesuchsgegnerin kann sich somit nicht auf Art.

24 Abs. 1 ZGB berufen (vgl. pag. 95). Der Tatbestand von Art. 24 Abs. 2 ZGB wäre im übrigen vorliegend nicht erfüllt, da die Gesuchsgegnerin als Reisende im Ausland keinen Lebensmittelpunkt und damit keinen Wohnsitz im Ausland begründete (vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG).

5. Ausschlaggebend für den Wohnsitz ist somit der äusserlich sichtbare, objektive Umstand des Aufenthaltes an einem bestimmten Ort **und** das subjektive Element der Absicht des dauernden Verbleibens (Art. 23 Abs. 1 ZGB; Stoffel, a.a.O., N 55 zu Art. 271). Auch das subjektive Element kann bloss anhand äusserlich wahrnehmbarer Merkmale festgestellt werden. Der Betroffene muss sich also auf den von ihm geschaffenen Rechtsschein behaften lassen (vgl. Bucher, Berner Kommentar, N 12 ad Art. 23).
6. Der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen befindet sich üblicherweise nicht an einem Ort an dem man sich bloss zu einem Sonderzweck aufhält (vgl. auch Art. 26 ZGB; vgl. Staehelin, in: Honsell/Vogt/Geiser, Zivilgesetzbuch I (Basler Kommentar), N 8 ad Art. 23). Ist die Gesuchsgegnerin aber wegen der Arrestierung und den daraus sich ergebenden Folgeproblemen in die Schweiz, (...) gezogen, wird sie, sobald diese Probleme gelöst, ihre rund zweijährige (...)reise fortsetzen. Der aktuellen Situation ist durchaus ein Sonderzweck zu attestieren. Das wäre im übrigen auch so, wenn die Gesuchsgegnerin auch zusätzlich wegen dem Zivilverfahren im Kanton X. nach O. gezogen wäre. Wie die Beweiswürdigung ergab, hat die Beklagte nicht die Absicht, in O. dauernd zu verbleiben. Es kann daher nicht geschlossen werden, dass sie Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ZGB begründete. Ihre Situation kann durchaus mit derjenigen von Zigeunern, Zirkusleuten und wandernden Handwerkern verglichen werden. Mit dem Parallelentscheid der ersten Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern ist deshalb davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin auch seit ihrer Anmeldung in O. am 11.02.2008 den Arrestgrund des fehlenden festen Wohnsitzes (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG) erfüllt (vgl. APH 08 209).

(...)

Hinweis:

Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.